

**Voces:** MEDICINA PREPAGA - DERECHO A LA SALUD - SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA - FERTILIZACIÓN ASISTIDA - COBERTURA MÉDICA - DISCRIMINACIÓN - PROGRAMA MÉDICO OBLIGATORIO - ENFERMEDADES - CONSTITUCIÓN NACIONAL - TRATADOS INTERNACIONALES

**Partes:** M. M. E. y o. c/ Swiss Medical S.A. | amparo

**Tribunal:** Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de Rafaela

**Fecha:** 7-ago-2012

**Cita:** MJ-JU-M-75462-AR | MJJ75462

**Producto:** STF,MJ,SYD

Se confirmó la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo condenándose a la obra social a brindar cobertura económica para un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad.

**Sumario:**

- 1.-Corresponde rechazar los recursos de nulidad y apelación deducidos por la empresa demandada, contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y la condenó a que brinde a los actores la cobertura económica para la continuidad del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad u otra que se disponga, de acuerdo a las especificaciones que al momento de practicarla determine el médico tratante de la pareja, autorizándose y extendiéndose hasta cuatro series (intento-tratamientos).
- 2.-Corresponde rechazar el recurso deducido contra la sentencia que declaró la inconstitucionalidad del art. 38 de la Ley 23661, toda vez que implica una prerrogativa que viola el art. 16 de la CN., que consagra la igualdad de las personas y el art. 18 respecto de la garantía de los jueces naturales.

---

En la ciudad de Rafaela, a los 7 días del mes de agosto del año dos mil doce, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral de la Quinta Circunscripción Judicial, Dres. Lorenzo J. M. Macagno, Beatriz A. Abele y Juan M. Oliva, para resolver los recursos de nulidad y apelación interpuestos por la parte demandada, contra la sentencia dictada por el Señor Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Civil, Comercial y Laboral de la Primera Nominación de esta ciudad, en los autos caratulados: "Expte.Nº 97 - año 2012 - M., M. E. y D., J. A. c/ SWISS MEDICAL S.A. Delegación Santa Fe s/ Amparo".- Dispuesto el orden de votación, en coincidencia con el estudio de la causa resulta: primero, Dra. Abele; segundo, Dra. Macagno; tercero, Dr. Oliva.- Acto seguido el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones:

1ra.: ¿Es nula la sentencia apelada? 2da. En caso contrario ¿es ella justa? 3ra.: ¿Qué pronunciamiento corresponde emitir? A la primera cuestión, la Dra. Abele dijo:

## 1.1. La sentencia de Primera Instancia.

El Juez de Primera Instancia hace lugar a la acción de amparo promovida por la señora M. E. M. y el señor J. A. D. contra la firma "Swiss Medical S.A." - Delegación Santa Fe-, y en consecuencia condena a la accionada para que dentro del término de cinco días proceda a brindar a los actores la cobertura económica para la continuidad del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad u otra que se disponga, de acuerdo a las especificaciones que al momento de practicarla determine el médico tratante de la pareja, en el Instituto de Fertilidad Asistida con el Dr. Julio Colabianchi sito en la ciudad de Rosario, autorizándose y extendiéndose hasta cuatro series (intento-tratamientos).

Añade que, a sus efectos, la actora deberá presentar en autos un informe detallado del resultado alcanzado con cada tratamiento extendido por el médico que realice el mismo, así como de las perspectivas futuras en caso de resultar infructuoso el intentado.

Asimismo, declara la inconstitucionalidad del art. 38 de la Ley 23.661, tal cual fuera requerido; y expresamente le impone las costas a la demandada perdidosa.

El Magistrado señala que tal cual ha quedado trabada la litis, corresponderá analizar la procedencia de la presente acción de amparo, y en su caso, de ser positiva, el alcance de la misma.

Destaca que la accionada introdujo en su primera oportunidad procesal la incompetencia para que entienda en la presente causa, citando sendos fallos jurisprudenciales y fundándola expresamente en que debe actuar la justicia federal, y que desestima en razón de lo dispuesto por el art. 14 de la Ley 10.456 donde, si bien entiende que se la dedujo para ser resuelta en forma previa a la cuestión principal, no es procedente esta excepción si la expuso como artículo de previo y especial pronunciamiento.

Agrega que, tal cual lo solicitan en forma alternativa los actores en el escrito de demanda, declara la inconstitucionalidad del art. 38 de la Ley 23.661, ya que implica una prerrogativa que viola el art. 16 de la Constitución Nacional, que consagra la igualdad de las personas y el art. 18 respecto de la garantía de los jueces naturales.

Concluye que su competencia radica, entre otras consideraciones, en lo normado por el art.4 de la Ley 10.456.

Seguidamente, indica que tal como ha quedado trabada la litis corresponde, en primer lugar, analizar la admisibilidad de la acción de amparo, a la vez que la cuestión de fondo es hacer lugar o no a la demanda, por las razones expresadas, y en su caso, condenarla a que otorgue la cobertura total correspondiente a la prestación de fertilización asistida de alta complejidad, en los términos y modalidad expresados a fs. 13/20, y por parte de la empresa privada de salud accionada.

Al respecto, dispone que, merituándose los requisitos de admisibilidad del amparo impetrado, previstos en el art. 2 de la Ley 10.456, la vía optada por los actores fue la idónea para salvaguardar sus derechos subjetivos que dice, fueron violados.

Asimismo, considera que la negativa por parte de "Swiss Medical SA." en proveer los medios necesarios para brindar la prestación de fertilización asistida de alta complejidad que determine el médico tratante al momento de practicarse la intervención, irroga un grave e irreparable perjuicio en los derechos garantizados constitucionalmente a los actores, entendiéndose que su decisión es ilegítima y por ende arbitraria.

Resalta que nada expresará sobre la Obra Social de Serenos de Buques (OSSdeB), ante su no

participación legal en la presente causa, a pesar de haber sido ordenada su citación.

## 1.2. El recurso de nulidad.

Contra dicho decisorio la parte demandada interpuso recurso de nulidad, conjuntamente con el de apelación (fs.166/183) y lo sostuvo en la Alzada.

La recurrente señala que el A-quo resolvió llamar a autos a resolución habiendo omitido agregar la contestación de demanda de la Obra Social de Serenos de Buques (OSSdeB), cuya copia luce agregada el pasado 11/04/2012.

Aduce que en autos se ha hecho lugar a la citación de tercero peticionado por su parte, tal y como surge de la contestación de demanda; y que, así las cosas y en muestra de que "Swiss Medical S.A." ha instado el proceso, en los presentes obrados surge acreditado el diligenciamiento de la cédula debidamente notificada de OSSdeB.

Agrega que, a tales efectos, el pasado 11/04/2012 la Obra Social mencionada se presentó en autos y contestó la demanda, por lo que a todas luces surge que recién el pasado 11/04/2012 se trabó la litis y que un día después las actuaciones pasaron a autos para sentencia, por lo que surge palmaria el avallasamiento de los derechos que hacen a la defensa de su parte.

Concluye que sin mediar ningún tipo de análisis, se dictó sentencia habiendo omitido rotundamente tal extremo, y generándole a su parte un perjuicio insusceptible de reparación ulterior, por lo que solicita se deje sin efecto la misma, haciendo lugar al recurso y, en consecuencia, se declare la procedencia de lo solicitado oportunamente en todas sus partes.

Corrido el pertinente traslado, la actora manifiesta que la contraria plantea la presente cuestión sin otro fundamento que sus dichos, los que contravienen las constancias de autos.

Advierte que a fs. 147 la citación del tercero se produjo "sin poder", decretándose lo que corresponde en dichos casos. Añade que la propia conducta del tercero citado le releva de cualquier comentario y desde ya la citación que hizo la demandada sólo al finalizar el proceso.

Expresa que igualmente es irrelevante por cuanto en estos casos la relación se entabla entre la prepaga y el actor; y cita jurisprudencia en apoyo a sus postulaciones.

## 1.3.Me interno en el tratamiento del recurso.

Nuestro Código de rito en su Art. 360 reconoce la procedencia del recurso de nulidad "contra las resoluciones pronunciadas con violación u omisión de las formas prescriptas en este código bajo esa penalidad o que asuman carácter substancial".

Este Tribunal tiene dicho en anteriores pronunciamientos, que comparte la jurisprudencia que viene sosteniendo en forma reiterada que la finalidad última de este recurso es el resguardo de la garantía constitucional del debido proceso, y que procede siempre que exista una indebida restricción al derecho de defensa en juicio, por violación u omisión de las formas y solemnidades sustanciales que preceptúan las leyes. También es pacífica la calificación del recurso como remedio excepcional, de interpretación restrictiva, taxativa y limitada a los casos expresamente previstos en la ley.

La nulidad que torna procedente el recurso puede provenir de un vicio en el procedimiento -la que queda subsanada con el consentimiento o con el llamamiento de autos-, o de la forma o contenido de la resolución. En ambos casos, si son de orden público quedan purgadas por la cosa juzgada.

Aclarado el marco legal y doctrina jurisprudencial dentro del cual debe resolverse el planteo y, luego de analizar los agravios y las constancias de autos, concluyo que el recurso no puede prosperar.

Cumpliendo con los plazos que marca la Ley 10.456, el A-quo dispuso la clausura del período de pruebas y dictó sentencia. Previo a ello, ante la presentación del tercero citado por la demandada, el mismo día se decreta que cumplimentadas las disposiciones de la Ley 10.244 para esta circunscripción judicial se proveerá, extremo éste que no fue cumplido por el tercero.

No advierto vicio de procedimiento alguno ni violación del derecho de defensa. A esta cuestión, votaré por la negativa.

A la misma cuestión, el Dr.Macagno dijo que por idénticos fundamentos vota por la negativa a esta primera cuestión.

A esta primera cuestión, el Dr.Oliva dijo que, atento a la existencia de dos votos concordantes, se abstiene de emitir opinión (art. 26, Ley 10.160).- A la segunda cuestión, la Dra.Abele dijo:

Como lo anticipara, la parte demandada se alza interponiendo recursos de nulidad y apelación, los que fueran concedidos a fs. 186 de autos.

2.1. La demandada expresa agravios a fs. 166/183 de autos.

En dicho escrito, la recurrente, luego de sostener la nulidad, realiza una breve reseña de los antecedentes de autos y seguidamente procede a expresar sus agravios.

Manifiesta que para admitir la acción de amparo, no sólo se vulneró la normativa infraconstitucional que rige en la materia de prestaciones médicoasistenciales, sin que además se violaron elementales principios y derechos constitucionales, tales como la división de poderes, derecho al debido proceso, defensa en juicio, derecho de propiedad, libertad contractual, entre otros.

Afirma que las irregularidades de la sentencia atacada hacen pensar que la misma es el resultado de una resolución que no ha tenido en consideración los elementos obrantes en la causa, todo lo cual, agravia de modo irreparable a su parte.

Por otra parte, señala que el A-quo en su primer considerando rechaza el planteo de inconstitucionalidad opuesto por "Swiss Medical S.A.", obrante a fs.

66/67 vta., y que para ello fundó su decisorio en el art. 4 de la Ley 10.456 por cuanto

allí se establece que es competente el Juez de Primera Instancia de Distrito del lugar del acto lesivo, que además cita el Art. 14 de la misma ley, entendiendo que la demandada planteó la incompetencia como de previo y especial pronunciamiento, y que a su vez declara la inconstitucionalidad del art. 38 de la Ley 23.661 por presunta implicancia de prerrogativa que sería violatoria del art.16 de la C.N., todo ello en una clara contraposición a lo que surge de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Aduce que para resolver cuestiones de competencia, hay que atender en primer término los hechos que se relatan en la demanda y después, y sólo en la medida en que se adecue a ellos, el derecho que se invoca como fundamento de la pretensión.

Considera que si nos atenemos a los hechos mencionados en la demanda, resulta a las claras la

incompetencia planteada. Añade que en modo alguno puede verse afectada el rápido e inmediato desenvolvimiento de las actuaciones, so pretexto de apartar a Swiss Medical S.A. de los jueces naturales de la causa.

Concluye que la resolución recurrida no realiza ningún análisis de la situación que motivaron a los amparistas a iniciar la presente acción y resuelve en función de cuestiones introducidas por la parte actora a la hora de contestar el traslado de la incompetencia sostenida por su parte, en contraposición con las reglas que deben ser seguidas al momento de resolver tales cuestiones.

Por otra parte, sostiene que le agravia irreparablemente que la sentencia recurrida haya entendido que el Programa Médico Obligatorio (PMO) no constituye por sí solo una limitación que impida el reconocimiento de lo que en autos se discute y que, la circunstancia de que no se encuentren allí enumerados los tratamientos de fertilización asistida requeridos por los amparistas, no constituye un fundamento válido para negarse a brindar la cobertura peticionada, la A-quo en una interpretación más que arbitraria y sin ningún tipo de sustento fáctico ni jurídico, máxime cuando en autos han sido los propios amparistas en su libelo inicial, quienes han reconocido haber abonado de su propio peculio los varios tratamientos de FIV ICSI y de los cuales uno de ellos hubieron dado como fruto su hija Maitena.

Expresa que haciendo caso omiso a la teoría de los actos propios los amparistas decidieron iniciar lapresente acción, pretendiendo colocar en cabeza de Swiss Medical S.A. obligaciones que son propias del Estado Nacional, sujeto que no ha sido demandado en las presentes actuaciones.

Agrega que ello es así, habida cuenta que se encuentra suscripto de puño y letra un contrato de asociación que expresamente excluye de cobertura los tratamientos de fertilización asistida.

Dispone que a ello se suma que no existe normativa vigente en la materia que obligue a Swiss Medical S.A., como así tampoco a ninguna Obra Social a brindar semejantes prestaciones, lo que quedó demostrado al momento en que la Superintendencia de Servicios de Salud contestó el oficio peticionado por su parte cuya copia obra glosada a fs. 129/133.

En ese sentido, señala que es el Estado Nacional, a través del dictado de diversas normas, quien expresamente ha establecido con qué términos y alcances tanto las empresas de medicina prepaga como las obras sociales deben brindar coberturas de salud.

Reproduce el art.28 de la Ley 23.661 y cita doctrina en sustento de sus dichos.

Afirma que, contrariamente a lo sostenido por la sentencia, el hecho de que el tratamiento requerido por la parte actora no se encuentre contemplado en el PMO habilita a su parte a negar su cobertura; y añade que si el Estado hubiera considerado necesario incorporar los tratamientos de fertilización asistida al menú prestacional del PMO, lo hubiera hecho.

Asimismo, destaca que el A-quo en todo momento se refiere a la demandada como Obra Social y no como empresa de medicina prepaga, denotando la falta de conocimiento en la materia, y que por dicho extremo es que resulta fundamental que en las presentes actuaciones se encuentren en cabeza de la justicia federal, extremo que también ha sido rechazado.

Entiende que la interpretación genérica a la que alude el A-quo en los precedentes jurisprudenciales transcriptos, respecto de los límites de cobertura impuestos por el PMO, resulta en el caso en concreto arbitraria y ajena indiscutiblemente a las políticas de Estado y fundamentalmente contraria a la Constitución Nacional.

Destaca que de lo expuesto por la Sentenciante para considerar hacer lugar al amparo, no se encuentra

basado en ninguna normativa vigente ni contrato alguno, mucho menos aún avasalló el derecho de su parte al aceptar la citación de tercero y nada resolver al respecto de la pretensión efectuada por OSSdeB el pasado 11/04/2012, sólo en interpretaciones personales y del médico tratante quien siquiera posee relación comercial alguna con Swiss Medical S.A.

Seguidamente, manifiesta que la sentencia de grado violenta el principio de división de poderes, pretendiendo que cuestiones de salud que no resultan una obligación a cargo de los agentes del seguro de salud ni de las empresas de medicina prepaga, deban ser condenadas por la intervención del Poder Judicial, sin la existencia de una legislación expresa en dicho sentido.

Indica que ello vulnera, además, el art.19(RFE:LEG1280.19) de la Constitución Nacional, en cuanto nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda.

Agrega que, en efecto, es el propio Sentenciante quien omitió tratar en su sentencia las Leyes 23.660, 23.661, como así tampoco la Ley 25.673 y/o sus decretos reglamentarios, en donde en ninguna de las normas citadas contemplan la obligación de los agentes del seguro de salud para efectuar prestaciones referidas a la tecnología de reproducción asistida.

Sostiene que Swiss Medical S.A. jamás cercenó el derecho de los amparistas a ser padres porque resulta que lo son, y que lo que se discute en autos es que la demandada no se encuentra obligada de ninguna manera a costear los tratamientos reclamados.

Por otra parte, aduce que el A-quo no sólo se aparta de las imposiciones legales a la hora de condenar sino que también, y sin mediar fundamentación alguna, lo hace respecto de la convención habida entre Swiss Medical S.A. y la obra social, y de la reglamentación que expresamente excluye la prestación en cuestión.

Destaca que la cláusula 13 inciso l) del Reglamento General de Contratación con la demandada, acompañado al contestar la demanda, establece que la prestación reclamada se encuentra expresamente excluida de la cobertura a cargo de Swiss Medical S.A.

Expresa que el A-quo desconoce en forma escandalosa la convención celebrada entre las partes, suscripto por la propia Sra. Mosso violentando el principio de congruencia.

Por último, afirma que viene a agravarse respecto de la imposición de costas por cuanto existen excepciones al principio de derrota, las que no han sido ponderadas en absoluto.

Considera que resulta una cuestión debatida y en todo caso Swiss Medical S.A.se creyó con derecho a resistir lo que en autos se pretende, en virtud de los antecedentes jurisprudenciales existentes, lo que habilita a imponer las costas en el orden causado en atención a la novedad y complejidad del caso.

Finalmente, formula expresa reserva del Recurso de Inconstitucionalidad ante la Corte Provincial y del Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y solicita se revoque la sentencia con expresa imposición de costas a la parte actora.

A continuación, la parte actora apelada contesta los agravios a fs. 191 a 194 de autos.

En dicho escrito, la recurrida señala que la recurrente sólo expresa su oposición, no rebate cada parte del fallo, ni tampoco los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En cuanto al agravio referido a la competencia ordinaria declarada en el fallo, considera que la recurrente se equivoca por dos cuestiones, una procesal y otra de fondo.

Indica que la procesal tiene que ver con que ha consentido y dejado que precluya su planteo, ya que si estaba convencido en que la incompetencia provincial era clara debería haber instado el planteo del modo que corresponde, lo que no hizo.

En cuanto al fondo, señala que esta Cámara en el caso "Lagger" trata el tema y lo resuelve claramente, profundizándolo en "Alfonso c/Osde", rechazando la competencia federal en estos casos, criterio que la recurrente no cuestiona ni remotamente y debe aplicarse.

Por otra parte, respecto al agravio que versa sobre la interpretación del PMO, cita jurisprudencia en apoyo a sus postulaciones y agrega que la demandada se desentiende discursivamente del alcance del bloque de derechos humanos y del derecho a la salud, considerando que sólo el Estado debería garantizar los tratamientos por encima del PMO, cuando la jurisprudencia de la C.S.J.N. es absolutamente clara sobre el alcance de los mismos sobre las prestadoras del servicio de salud, sin distinguir incluso entre obras sociales nacionales, provinciales, prepagas y los actores.

Entiende que considerar que el Juez es un legislador en estos casos va a contramano del actual estado del control de constitucionalidad en el mundo y el país, donde el control también es de "convencionalidad".

Destaca que la contraria considera que como los actores ya concibieron por este tipo de tratamientos un primer hijo ello implica que su derecho a ser padres biológicos está consumado. Añade que debe tenerse en cuenta que su parte no pide tratamientos sine die sino un número determinado para ser padres biológicos, que se agota en cuatro intentos, lo que es razonable técnica, médica y jurídicamente.

Asimismo, sostiene que la expresión de agravios avanza por vericuetos tan enrevesados que a fs. 171 considera que la actora mintió al firmar la planilla de adhesión al sistema prepago no declarando la infertilidad como enfermedad, cuando todo el planteo de la demandada precisamente es no considerar la infertilidad como enfermedad porque el PMO no la prevé.

Seguidamente, en cuanto al agravio referido a la conculcación de la división de poderes, se remite a lo antedicho en honor a la brevedad.

Señala que el Juez no legisla sino que aplica la Constitución Nacional, y por vía del art. 75 inc. 22 el bloque de derechos humanos, aplica una norma de mayor jerarquía que la ley común y mucho más que una mera reglamentación como el PMO, que sistemática y perversamente no se actualiza.

Alega que la inacción del P.E.N. y el P.L.N. determina que el Poder Judicial en los casos concretos deba interpretar armónicamente el P.M.O. para hacer operativos los derechos.

De igual modo, respecto al agravio referido al apartamiento de la convención de las partes, manifiesta que la actual ley de prepagas N° 26.682 fue invocada por su parte en autos y la contraria no la cuestiona ni plantea la inconstitucionalidad de la misma.

Afirma que, siendo que la C.S.J.N. desde hace varios años ha validado la constitucionalidad de la Ley 24.754 y la 26.682 profundiza muchos institutos de regulación sobre el tema, no es posible invocar la convención de las partes como única fuente del derecho. Por último, considera que el agravio por la imposición de costas tampoco corresponde atento lo precedente.

Finalmente, formula expresa reserva de instar los recursos de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe y extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y advierte que la contraria no instó el recurso de inconstitucionalidad dado que su invocación

de la cuestión constitucional en la página 9 no reúne los requisitos porque ya debió haberlo desarrollado, no sólo planteado.

Solicita se rechace el recurso de apelación confirmando el fallo, con costas.

Ingreso al tratamiento del recurso.

Corresponde tratar en primer término el agravio que apunta a la declaración de inconstitucionalidad del Art. 38 de la Ley 23.661 y, como consecuencia de ello, al rechazo de la excepción de incompetencia planteado por la demandada. La recurrente sostiene que la cuestión acá debatida corresponde a la esfera del fuero federal en razón de la materia y de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 38 de la Ley 23.661 que establece que la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL) y los agentes del seguro (prestadoras del medicina) estarán sometidos exclusivamente a la jurisdicción federal, pudiendo optar por la correspondiente justicia ordinaria cuando fueren actoras. El sometimiento de los agentes del seguro a la justicia ordinaria estará limitado a su actuación como sujeto de derecho en los términos dispuestos en la Ley de Obras Sociales.

A pesar de que no desconozco que existen posturas que así lo sostienen, considero que no es una regla pétrea y que la naturaleza de la pretensión es la que determina el fuero. En el caso, se reclama una determinada prestación médica de parte de una prestadora de medicina prepaga.

El contrato que vincula a las partes, regula una prestación de servicio de asistencia médica, ergo se trata de una relación de "consumo" entre un prestador y un consumidor final o usuario, que adquiere prestación médico-asistencial a título oneroso y en beneficio propio y del grupo familiar, y por tanto está comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 24.240 (Ricardo L. Lorenzetti "La empresa médica", Ed. R.-C., 1998, p. 132; C.N. Cont. Adm. Fed. S. II, ED, 171, p. 199).

Coincidiendo con la doctrina citada, y sólo por nombrar algunos, en dicho sentido se han expedido C. Civ. y C. Rosario (S.F.). Sala 2ª. 09.11.99. "Martin de Mur, María del Carmen c/Medycin y/o Fryasa S.A. s/Amparo"; C. Civ. y C. Rosario (S.F.). Sala 3ª. "Saavedra, Marcelo P. v. Swiss Medical Group" ([www.lexisnexis.com.ar](http://www.lexisnexis.com.ar)).

Así tipificado el vínculo que crea la contratación de una prestadora de servicios médicos, como adelantara, queda alcanzado por las disposiciones de la Ley 24.240, cuyo objeto es la defensa de los consumidores o usuarios (art. 1º), y en cuyo Art. 53 establece que "En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, ... ." A mayor abundamiento es dable recordar que el mismo Art. 4º de la Ley 26682 -que regula al actividad de las empresas de medicina prepaga- califica como relación de consumo a la que nace del contrato de usuario con empresa prestataria, y remite a las Leyes 24.240 y 25.156 y sus modificatorias, según corresponda.

De lo expresado deviene claro la competencia del Juez de grado.

Ahora bien, ¿es inconstitucional el Art. 38 de la Ley 23.661?

Comparto la conclusión a la que arriba el A-quo. La norma analizada contraviene las disposiciones de los Arts. 116; 75 inc. 12; 121 y 123 de la C.N., que establecen las bases para la distribución de las competencias. Y, en forma flagrante viola el Art. 16 de nuestra Carta Magna al crear un doble fuero a elección exclusiva de la obra social, la que además es la parte más fuerte en la relación, no estando de más recordar que el contrato que en estos casos se suscribe, es de adhesión.

Este Tribunal viene sosteniendo la idoneidad de la vía seleccionada por la actora, ya que con acierto se



afirma desde la doctrina y desde la jurisprudencia, que el amparo es la vía adecuada para tratar casos como el presente, toda vez que se hallan comprometidos los derechos constitucionales a la vida y a la salud, y no existe una vía procesal más rápida y expedita -como manda la C.N.- para su tutela, máxime cuando, como en el caso, el factor edad de la mujer tiene una influencia mayúscula derivada del natural proceso biológico y su acentuación debido al mero transcurso del tiempo. En función de tales circunstancias biológicas -condimento netamente objetivo-, las vías ordinarias podrían llegar demasiado tarde -tener presente que podrían ser necesaria la repetición de tratamientos ante un fracaso- y de allí el peligro en la demora, susceptible de transformarse en daño irreparable, que franquea esta excepcional acción (conf. Cám. Civ. y Com.de Santa Fe, sala I, 30/07/10, "M., M.A. y otros c/ I.A.P.O.S. y otro s/ Amparo", La Ley Litoral, 2010, 846, con nota de Adriana N. Krasnow; también en La Ley 2010-E, 286, con nota de María Soledad Webb; Cita Online: AR/JUR/39596/2010, La Ley Online, y las citas doctrinarias y jurisprudenciales consignadas en el excelente y exhaustivo voto del Dr. Edgardo Ignacio Saux).

El derecho subjetivo, cuya protección acá se reclama, encuentra su base legal en las normas de rango constitucional consagrada en los tratados internacionales (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), a saber: Declaración Americana de los Derechos del Hombre (Bogotá, Colombia, 1948, arts. VI y XI), Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948, arts. 7, 8 y 25), Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, Costa Rica, 1969, arts. 24 y 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, EE.UU., 1966, arts. 9, 10 y 12), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, EE.UU., 1966, arts. 23 y 26), Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1979, arts. 2. c y 12).

La O.M.S. ha definido a la salud reproductiva como "...el estado general de bienestar físico, mental y social, y no como una mera ausencia de enfermedad o dolencia, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos" (Naciones Unidas, documento A/Cfr. 171/13: informe de la CIPD), de lo cual cabe derivar que la O.M.S. considera a la infertilidad como una enfermedad. Como corolario de ello, es posible afirmar que el derecho al acceso a los tratamientos de reproducción asistida integra y protege el derecho a la salud. Para evitar que los derechos reconocidos constitucionalmente se conviertan en meras expectativas, hasta tanto el Poder Legislativo no debata el derecho a la asistencia en los tratamientos de fecundación, deberá ser el poder judicial el encargado de lograr su reconocimiento. (C. Civ. y C. Santa Fe (S.F.), Sala 1ª. 30/7/10. "M., M. A. y otros c/ IAPOS y otro s/ Amparo". [www.editorialzeus.com.ar](http://www.editorialzeus.com.ar), Sección Colección Zeus - Jurisprudencia, documento n° 009720).

Siguiendo este andarivel de razonamiento es que estoy persuadida que la circunstancia de que la prestación solicitada por los amparistas no esté contemplada dentro del vademécum de la P.M.O. no es óbice -a contrario de lo sostenido por los demandados- para viabilizar su operatividad. Sin desconocer la existencia de alguna jurisprudencia que en sustento en la falta de mención de ésta práctica médica en el Plan Médico Obligatorio ha desestimado reclamos similares al aquí analizado, esta Cámara ha tomado la postura contraria. Así ha declarado procedente la pretensión en los autos "Expte. N° 192 - Año 2011 - M., V. N. y Otro c/ O.S.E.C.A.C. s/ Amparo" (R. 236 - T. 17 - Fo. 11); "L., G. A. y D. S., V. P. c/ Asoc. Mutual Sancor Delegación Rafaela s/ Amparo", 25/03/10, (L. de Resoluciones T. N° 13, Res. N° 094/10), "S., L. T. - S. E. A. c/ I.A.P.O.S. - Delegación Rafaela s/ Amparo", (14/06/11, L. de Resoluciones, T. 16, Res. N° 064/11); "B., C. y P., G. N. c/ Obra Social de Conductores de Camiones, Obreros y Empleados del Transporte Automotor de Cargas de la Prov. de Santa Fe - Delegación Rafaela s/ Amparo".

Postura compartida con numerosos tribunales, quienes en líneas generales, entendemos que la nómina de la P.M.O. es sólo un "piso prestacional" que no puede entenderse como una enumeración taxativa y excluyente, y debe ser elastizado en el caso concreto en la medida en que estén comprometidos la vida

y la salud de las personas. (C. Civ.y C. Santa Fe (S.F.), Sala 1ª. 30/7/10. M., M. A. y otros c/ IAPOS y otro s/Amparo. [www.editorial-zeus.com.ar](http://www.editorial-zeus.com.ar), Sección Colección Zeus - Jurisprudencia, documento n° 009720 C. Civ. y C. Rosario (S.F.), Sala 2ª. 15/4/11.

P., "A. C. y M., P. A. c/IAPOS s/Amparo". [www.editorial-zeus.com.ar](http://www.editorial-zeus.com.ar), Sección Colección Zeus - Jurisprudencia , documento n° 0010035).

Cuando la infertilidad además de ser una enfermedad física, suele derivar en depresión, ansiedad, angustia, lo que afecta la vida de relación de la pareja. En definitiva se trata de una patología que gracias a la evolución de la ciencia encuentra posibilidades de solución. No olvidemos tampoco que de esta forma también se resguarda el derecho a formar una familia.

"Tratándose de la cobertura de prestaciones de salud, toca a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pedidos, para lo cual deben encauzar los trámites por las vías expeditivas e impedir que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela constitucional, lo cual se produciría si el reclamo tuviera que aguardar al inicio de un nuevo proceso. (Del dictamen de la Procuradora Fiscal, al que remite la CSJN."). (Quinteros, Virginia s. Recurso de hecho en: Quinteros, Virginia s. Su presentación /// Corte Suprema de Justicia de la Nación; 23-feb-2012; Rubinzal on line; RC J 874/12. [www.rubinzalonline.com](http://www.rubinzalonline.com)).

Con respecto al contrato que une a las partes, y que la apelante invoca afirmando que el Juez de la instancia anterior ha ignorado lo convenido entre los firmantes, debo recordar que dicho contrato es de adhesión, por lo que el consumidor del servicio no ha tenido posibilidades de discutir lo allí dispuesto, pasando a ser en forma automática la parte débil de esta relación. Es ya una cuestión no debatida a nivel doctrinario ni jurisprudencial, que cuando se está ante una cláusula contractual que luzca como limitadora de derechos del consumidor en favor del ente prestador del servicio, debe ser interpretada en el sentido más favorable para el consumidor (Cfr. art. 37 de la Ley 24.240 y sus modificaciones por Ley 26.361 y particularmente su extenso y fundado análisis hecho por Jorge Mosset Iturraspe y Ricardo L. Lorenzetti en la obra: "Defensa del consumidor", Ed. R.C., Santa Fe, 1994, pág. 195 y sigtes.).

En cuanto al reproche respecto de la utilización en forma indistinta, por parte del Magistrado de la instancia anterior -si bien cabe reconocer el error-, no tiene relevancia alguna ya que la jurisprudencia ya se ha encargado de equipararlas, ya que más allá de las normas que regulan su formación, administración, relaciones con los consumidores, autoridad de aplicación, etc., los une la actividad desarrollada: la prestación médico-asistencial.

Es conceptualmente incorrecto hablar del principio de congruencia relacionándolo con el contrato de adhesión suscripto por la Sra. Mosso, ya que aquél involucra a los hechos expuestos en la demanda y la contestación con la sentencia.

Por último, el agravio referido a la imposición de costas, las que el apelante reclama sean por su orden, considero que debe ser rechazado dado que el A quo resolvió acorde con lo dispuesto en los Arts. 250 y 251 del C.P.C.C.S.F. y no advierto situación de peso que justifique el apartamiento de la normativa.

Analizados todos los agravios, y resultando los mismos totalmente improcedentes, voto por la afirmativa.

A esta segunda cuestión, el Dr. Macagno dijo que por idénticos fundamentos

vota en el mismo sentido que la Dra. Abele.

A esta cuestión, el Dr. Oliva dijo que, atento a la existencia de dos votos concordantes, se abstiene de

emitir opinión (art. 26, Ley 10.160).- A la tercera cuestión la Dra. Abele dijo:Que en virtud del análisis que antecede propongo resolver en el siguiente sentido: 1) Rechazar los recursos de nulidad y apelación opuestos por la demandada, con costas a su cargo. 2) Fijar los honorarios profesionales en el 50% de los que se regulen en baja instancia.

A la misma cuestión, el Dr.Macagno dijo que la resolución que corresponde adoptar era la propuesta por la Dra.Abele, y en ese sentido emitió su voto.

A esta misma cuestión, el Dr. Oliva dijo que, atento a la existencia de dos votos concordantes, se abstiene de emitir opinión (art. 26, Ley 10.160).

Por las consideraciones del Acuerdo que antecede la CAMARA DE APELACION CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL, con la abstención del Dr. Juan M.Oliva (art. 26, Ley 10.160), RESUELVE: 1) Rechazar los recursos de nulidad y apelación opuestos por la demandada, con costas a su cargo. 2) Fijar los honorarios profesionales en el 50% de los que se regulen en baja instancia.

Insértese el original, agréguese el duplicado, hágase saber y bajen.

Concluido el Acuerdo, firmaron los Jueces de Cámara por ante mí, doy fe.

Beatriz A. Abele Lorenzo J. M. Macagno Juan M.Oliva Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara SE ABSTIENE